



Rama Judicial
República de Colombia

**JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUE –
DISTRITO JUDICIAL DEL TOLIMA**

Ibagué, veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Clase de Proceso: Nulidad y restablecimiento del Derecho

Demandantes: LEONEL CRUZ PALOMINO

Demandados: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

Radicación: No. 73001-33-33-007-2018-00316-00

Asunto: FUNCIONARIO DE HECHO

Como toda la actuación de la referencia se ha rituado conforme a las reglas adjetivas que le son propias, sin que se observe causal alguna que invalide lo actuado, es procedente proferir decisión de mérito, para lo cual, la **Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué / Distrito Judicial del Tolima**, en ejercicio legal de la Función Pública de Administrar Justicia que le es propia, y con observancia plena al derecho aplicable, dicta la presente...

SENTENCIA

I.- COMPETENCIA

Tal y como se expuso en el auto admisorio de la demanda, este Despacho es competente para conocer y decidir el presente asunto, conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 155 y en el numeral 3º del artículo 156 de la Ley 1437 de 2011.

II.- ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA:

A través de apoderada judicial, el señor LEONEL CRUZ PALOMINO ha promovido demanda de Nulidad y Restablecimiento del Derecho contra del MUNICIPIO DE FLANDES – INSTITUCION EDUCATIVA MANUELA OMAÑA, con el fin de obtener el reconocimiento de las siguientes

2.1. PRETENSIONES:

- 2.1.1.** Se declare la nulidad del oficio REC-R-2071-18 del 8 de mayo de 2018, emitido por el Rector de la INSTITUCION EDUCATIVA MANUELA OMAÑA.
- 2.1.2.** Se declare la nulidad del oficio S.G.364.2018 de 25 de mayo de 2018, emitido por la Secretaria de Gobierno Municipal de la Alcaldía de Flandes.
- 2.1.3.** Como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento, que el MUNICIPIO DE FLANDES – INSTITUCION EDUCATIVA MANUELA OMAÑA, profiera resolución en la que se ordene el reconocimiento de la calidad de vinculados a la administración como FUNCIONARIOS DE HECHO y consecuentemente disponer el pago

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

de los conceptos y valores laborales adeudados, y a los cuales tiene derecho por haber prestado sus servicios en la INSTITUCION EDUCATIVA MANUELA OMAÑA desde el 21 de junio de 2000 hasta la fecha de reconocimiento y pago efectivo junto con los intereses respectivos, retroactivos e indexaciones a la fecha de pago o cancelación de los mismos de la siguiente manera.

- 2.1.3.1.** Condenar al pago de los rubros y adendas laborales, desde su vinculación así:
- 2.1.3.1.1.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2000.
 - 2.1.3.1.2.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2001.
 - 2.1.3.1.3.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2002.
 - 2.1.3.1.4.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2003.
 - 2.1.3.1.5.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2004.
 - 2.1.3.1.6.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2005.
 - 2.1.3.1.7.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2006.
 - 2.1.3.1.8.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2007.
 - 2.1.3.1.9.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2008.
 - 2.1.3.1.10.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2009.
 - 2.1.3.1.11.** Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2010.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

- 2.1.3.1.12. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2011.
- 2.1.3.1.13. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2012.
- 2.1.3.1.14. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2013.
- 2.1.3.1.15. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2014.
- 2.1.3.1.16. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2015.
- 2.1.3.1.17. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2016.
- 2.1.3.1.18. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del año 2017.
- 2.1.3.1.19. Por el salario equivalente al salario de un funcionario de igual categoría al de un vigilante del orden municipal central o de una entidad descentralizada correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo y abril del año 2018.
- 2.1.3.1.20. Por las horas extras, recargos nocturnos, feriados y dominicales, a que tenía derecho el demandante por haber laborado en horario de 24 horas al día los 7 días a la semana, en los cuales debía cumplir las funciones de portería vigilancia, mensajería y oficios varios, en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad.
- 2.1.3.1.21. Afiliación y aportes a salud, pensión, riesgos profesionales y caja de compensación familiar para el demandante desde el 21 de julio de 2000 hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad.
- 2.1.3.1.22. Pagar la prima de alimentación a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.23. Pagar la prima de servicios a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.24. Pagar la prima de navidad a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

- julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.25.** Pagar la prima de vacaciones a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.26.** Pagar la bonificación por recreación a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.27.** Pagar las vacaciones a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.28.** Pagar las dotaciones a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.29.** Pagar las cesantías a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas.
- 2.1.3.1.30.** Pagar los intereses a las cesantías a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas. Se solicita se haga el pago a través de Porvenir pensiones y cesantías.
- 2.1.3.1.31.** Pagar la indemnización por mora a que tiene derecho el demandante, en sus calidades de vigilante y portero de la institución educativa demandada, por el no pago de salarios y prestaciones sociales.
- 2.1.3.1.32.** Pagar la indemnización por no pago de cesantías a que tiene derecho el demandante, en sus calidades de vigilante y portero de la institución educativa demandada, por el no pago de salarios y prestaciones sociales.
- 2.1.3.1.33.** Pagar los compensatorios a que tienen derecho los funcionarios que ostentan la calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada, adeudados desde el 21 de julio de 2000 y hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad, sumas que deben pagar debidamente indexadas. Se solicita se haga el pago a través de Porvenir pensiones y cesantías.
- 2.1.3.1.34.** Indemnización por despido injusto a que tiene derecho el demandante, en sus calidades de vigilante y portero de la institución educativa demandada, con ocasión al traslado de la institución educativa a otra sede.
- 2.1.3.1.35.** Pagar la indexación de las sumas que sean reconocidas y pagadas.
- 2.1.3.1.36.** Reconocer y pagar la pensión sanción de que trata el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y el artículo 17 del acuerdo No. 049 de la ley 100 de 1993 para el demandante en su calidad de vigilante y portero de la institución educativa demandada.
- 2.1.3.1.37.** Pagar indemnización por despido injusto en el entendido del abandono de la escuela por parte de la comunidad estudiantil, personal administrativo y docentes de dicha unidad escolar, sin determinación justificada sobre la situación de los demandantes en materia de sus derechos laborales

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

2.1.3.1.38. Reconocer pagos ultra y extrapetita en materia laboral que resulten probados dentro del presente proceso.

2.1.4. Pagar costas y agencias en derecho

2.2. Como **HECHOS** que fundamentan sus pretensiones, expuso los que se resumen de la siguiente forma:

- 2.2.1** El señor LEONEL CRUZ PALOMINO se desempeñó como vigilante, portero y jardinero en la Institución Educativa Manuela Omaña – Escuela La Gaitana Manuela Omaña de Flandes al servicio del Municipio de Flandes y de la Secretaría de Educación Municipal, desde el 21 de julio de 2000 hasta la fecha de reconocimiento total y definitivo por parte de la entidad. Su ingreso a la institución se da en condición de celador de dicha institución, siendo vinculado con su esposa irregularmente por el señor alcalde de la época Eduardo Arias Cortes, sin el respeto de los mínimos derechos laborales mediante un supuesto contrato de arrendamiento.
- 2.2.2** Mi prohijado continúa al servicio de la institución sin recibir emolumento alguno ni reconocimiento laboral, excepto el pago en especie correspondiente a vivienda en el mismo sitio de trabajo Institución Educativa Manuela Omaña – Escuela La Gaitana Manuela Omaña de Flandes.
- 2.2.3** Las labores desempeñadas por mi poderdante, aunque fueron bastantes amplias, se desempeñaron de manera personal y diarias y se señalan como vigilante, portero y jardinero.
- 2.2.4** Las directivas del plantel educativo constantemente daban órdenes y si bien es cierto a diario lo hacían de manera verbal, en algunas oportunidades lo hicieron de manera escrita, tal y como se relaciona a continuación de conformidad con las declaraciones extra juicio que se acompañan, que según su contenido nos muestran la configuración de subordinación, prestación personal del servicio y horario de trabajo de lo cual se anexarán pruebas.
- 2.2.5** Teniendo en cuenta lo anterior y en razón a que no se puede determinar una forma de vinculación legal y reglamentaria o contrato de trabajo por vinculación irregular, se dan los presupuestos establecidos jurisprudencialmente por el Consejo de Estado para determinar una vinculación irregular denominada funcionarios de hecho, que permite la solicitud de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, así su vinculación sea defectuosa con la administración.
- 2.2.6** A pesar de la solicitud de reconocimiento de status de funcionario de hecho y solicitud de reconocimiento y pago de salarios y prestaciones sociales y sanciones por no haber sido afiliado a seguridad social en pensiones, cesantías y pago de prestaciones sociales, las entidades demandadas negaron el reconocimiento y pago de estas, agotándose de este modo la vía administrativa.

2.3. Como **FUNDAMENTOS DE DERECHO** plasmó los siguientes:

- Constitución Política artículos 1, 2, 6, 13, 23, 25, 48, 53 y 270
- Ley 6 de 1945
- Decreto 3135 de 1968
- Ley 65 de 1946
- Decreto 1042 de 1978
- Decreto 2127 de 1945
- Decreto 1919 de 2002
- Decreto 691 de 994
- Decreto 1158 de 1994
- Decreto 692 de 1994
- Decreto 1295 de 1994
- Decreto 806 de 1998
- Ley 70 de 1988
- Ley 171 de 1961

2.4. Como **CONCEPTO DE VIOLACIÓN**, expuso:

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

El demandante se desempeñó como empleado público por más de 8 años sin que mediara alguno de los efectos formales que configuran la relación Legal y reglamentaria, como lo son el acto de nombramiento y posesión, que se ha denominado “funcionario de hecho” por lo que se afirma que la omisión del municipio no puede prevalecer sobre derechos irrenunciables del servidor.

III.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 4 de octubre de 2018¹, inadmitida el 26 de octubre de 2018² y, una vez subsanada, fue admitida el 14 de diciembre de 2018³; surtida la notificación a las entidades demandadas, el Municipio de Flandes contestó la demanda y propuso excepciones; por su parte, el Departamento del Tolima sin ser parte procesal contestó la demanda, propuso excepciones, aportó y solicitó pruebas, por lo que solo se tuvo en cuenta la contestación presentada por el Municipio de Flandes.

Sin embargo, mediante auto del 25 de septiembre de 2020⁴ y conforme a lo solicitado por la parte actora, se ordenó la vinculación del Departamento del Tolima, quien se tuvo por notificado por conducta concluyente y por ende, la contestación de la demanda presentada.

3.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

3.1.1 MUNICIPIO DE FLANDES (Folios 229 a 232 del archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital)

El apoderado de la entidad se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos de hecho y de derecho que sustenten su prosperidad, y propuso las siguientes excepciones:

FALTA DE REQUISITOS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA DECLARACION DE FUNCIONARIO DE HECHO

No goza de los requisitos señalados por la jurisprudencia como los siguientes: El cargo no se encuentra creado y el contrato realidad nace desde el momento en que queda en firme la sentencia, por tal motivo no se causa.

FALTA DE LOS REQUISITOS PARA SER DEMANDADO

El Municipio no está llamado a responder, ya que la educación no se encuentra descentralizada, Flandes no se encuentra certificado y es manejado y administrado por la Gobernación del Tolima, por lo que el Municipio no nombra maestros de nivel nacional, ni nacionalizados.

3.1.2 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA (Folios 248 a 257 del archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital)

La apoderada de la entidad se opone a las pretensiones por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos, pues dentro de la institución educativa no existe la sede adscrita denominada ESCUELA LA GAITANA MANUELA OMAÑA; no se configuran los elementos propios de una relación de tipo laboral, y en la información bajo custodia de la Secretaría de Educación del Tolima no se encuentran registros del demandante.

No se puede predicar la existencia del elemento de subordinación, requisito necesario para la existencia de una relación laboral que no ha sido acreditada; luego entonces, al no existir relación laboral y ante la inexistencia de contratos de carácter laboral y no estar acreditadas las actividades correspondientes al contrato verbal de vigilante, esto son simples afirmaciones indefinidas.

Y propuso las siguientes excepciones:

1 Folio 3 del archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.
2 Folios 144 a 153 del archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.
3 Folios 194 a 199 del archivo “001CuadernoPrincipal” de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.
4 Archivo “011AutointegracionLitisConsorcio” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

El hecho que originó la presente demanda fue el pago de las acreencias laborales con ocasión de la terminación injustificada del contrato de trabajo, se cancelen los derechos laborales adeudados cuyo reconocimiento está siendo reclamado, sin siquiera haber probado que existió un contrato de trabajo, y la Ley 29 de 1989 fue específica en determinar responsabilidades como consecuencia de la inobservancia de esta disposición.

FALTA DE DEMOSTRACION DE LA INJUSTICIA DEL DAÑO CAUSADO

Es claro que para que se configure una relación de hecho, el cargo debe estar creado de conformidad con las normas legales, la función debe ser ejercida irregularmente y el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente.

Sin la demostración del perjuicio concretado en el daño no existe responsabilidad sobre el particular, lo anterior hace que se rompa el nexo causal que conlleva a la exoneración de responsabilidad, teniendo en cuenta que el origen del daño no es imputable al departamento.

EXCEPCION GENERICA

Se reconozca de manera oficiosa cualquier hecho exceptivo que resulte probado en el proceso.

3.2. AUDIENCIAS:

3.2.1. INICIAL

La audiencia inicial⁵ se llevó a cabo el 14 de julio de 2021, y conforme a lo rituado en el artículo 180 del C.P.A. y de lo C.A., se procedió al saneamiento del proceso, se fijó el litigio y se tuvo por fracasada la etapa de conciliación por cuanto el extremo pasivo no presentó fórmula de arreglo. Así mismo, se incorporaron las pruebas aportadas por cada una de las partes, se decretaron las pruebas documentales solicitadas por la parte demandante y el Departamento del Tolima y los testimonios solicitados por la parte actora y el interrogatorio de parte requerido por el Municipio de Flandes.

3.2.2. AUDIENCIA DE PRUEBAS

La audiencia⁶ tuvo lugar el 18 de agosto de 2021, en donde se requirió a los apoderados para que aportaran la prueba documental ordenada en audiencia inicial, se recibieron las declaraciones de los señores CONCEPCIÓN MANTILLA DE GAMBOA, JULIO CESAR VARON RODRIGUEZ y LEIDY DIANA MAYOR GUTIERREZ, y se practicó el interrogatorio de parte a LEONEL CRUZ PALOMINO.

Mediante auto del 29 de octubre de 2021⁷ se corrió traslado a las partes de las pruebas documentales allegadas y, una vez vencido dicho término sin pronunciamiento, se consideró precluido el periodo probatorio y se corrió traslado para alegar.

3.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

3.3.1. PARTE DEMANDANTE (archivo denominado "043EscritosAlegacionesParteDemandante" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital)

⁵ Archivo "031ActaAudiencialInicial" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

⁶ Archivo "033ActaAudienciaPruebas" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

⁷ Archivo "042AutoCorreTrasladoPruebaAlegatos" la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

El apoderado señala que la jurisprudencia ha venido admitiendo la posibilidad de reconocer otra forma de vinculación cuando es irregular o sin el lleno de los requisitos legales, sin que medie un acto administrativo que prevea algún tipo de vinculación lo que se ha denominado "funcionario de hecho". Esto puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura.

Resulta probado documental y testimonialmente que el demandante ha venido prestando sus servicios en favor del Municipio de Flandes o en su defecto de la Institución educativa y la Gobernación del Tolima, por lo que debe ser retribuido. Quedó plenamente demostrado que estas entidades permitieron que ejercieran las funciones públicas con la anuencia y permiso sin que se evidenciara alguna actuación para impedir que se continuaran en el tiempo estas actividades.

Si bien en principio se extendieron contratos de arrendamiento, este documento sirvió para tratar de enmascarar la verdadera relación laboral. En 2013 se certifica por la Rectora que en el año 2000 el matrimonio integrado por los demandantes hizo presencia en las instalaciones para tomar posesión de la vivienda por orden del alcalde y en contraprestación cuidarían la escuela, y la comunidad da fe que los actores cumplían las funciones de celaduría, aseo y mantenimiento.

El hecho de que la educación hubiese pasado a manos del Departamento no impidió que continuaran al servicio de dicha institución, y tampoco cuando deciden trasladarse a una nueva sede. La prueba documental no fue tachada de falsa ni desconocida por la parte demandada.

Los testigos fueron contestes en la forma de prestación de los servicios, la forma en que llegaron y la existencia de responsabilidades respecto del cuidado de la infraestructura física y que inclusive aún continúan prestando. Los demandantes fueron sometidos a subordinación y no se tuvo autonomía en ninguno de los supuestos contratos de arrendamiento, por lo que estos no pueden constituirse en un instrumento para desconocer los derechos laborales.

PARTE DEMANDADA –MUNICIPIO DE FLANDES (Archivo "048EscritosAlegacionesMunicipioFlandes" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital)

La apoderada manifiesta que no existe en la planta de personal de la administración municipal de Flandes un cargo con funciones asignadas a servicios generales en la Institución educativa, tampoco se logró demostrar que entre el demandante y el Municipio existiera un contrato de trabajo, ni que suscribió contrato de prestación de servicios.

El accionante deja claro que las órdenes laborales o quehaceres las recibía por parte de la institución educativa, aunque manifestó que el alcalde municipal de la época le daba instrucciones; sin embargo, no existe prueba alguna que demuestre el vínculo laboral, como tampoco que las órdenes fueran impartidas por la administración municipal, y la Gobernación del Tolima es la encargada de atender las necesidades de personal en las instituciones educativas del Municipio.

PARTE DEMANDADA –DEPARTAMENTO TOLIMA (Archivo "050EscritosAlegacionesDepartamentoTolima" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital)

La apoderada sostiene la inexistencia del contrato realidad por no darse los presupuestos legales para su configuración; el demandante sí realizó actividades al interior de la institución sin subordinación, habida cuenta que dentro del proceso no quedó demostrado que recibiera órdenes, no obra información que permita advertir el deber de acogerse a un horario o las consecuencias negativas de su incumplimiento, y no obra referencia de los testigos sobre que las actividades debieron ejecutarse en forma diferente a la convenida.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

No se logró probar que hay relación ni laboral ni contractual entre el demandante y el departamento del Tolima, no hay prueba que establezca que la Gobernación del Tolima intervino en la relación entre el demandante y el Municipio.

En ese orden de ideas, surtido el trámite procesal, el Despacho procede a elaborar las siguientes...

IV.- CONSIDERACIONES

Sin manifestaciones que efectuar respecto a los presupuestos procesales de jurisdicción y competencia analizados en el auto admisorio de la demanda, y dado que de conformidad con lo previsto en el artículo 207 del C.P.A.C..A, en el desarrollo de las etapas procesales se ejerció un control de legalidad, sin presentarse manifestación alguna por las partes u observarse por el despacho vicios procesales que acarreen la nulidad del proceso, se procede a decidir el presente asunto.

4.1 PROBLEMA JURÍDICO

Recuerda el Despacho que el problema jurídico objeto de estudio se centra en determinar si entre el señor LEONEL CRUZ PALOMINO y el Municipio de Flandes y/o la Secretaria de educación – Institución educativa Manuela Omaña, se configuró una relación laboral bajo la forma de un funcionario de hecho derivado de las actividades de celador, portero y jardinero, en la mentada institución educativa, durante el periodo comprendido del 21 de junio del año 2000 hasta la fecha de presentación de la demanda.

4.2. FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURIDICO

- Constitución Política artículo 122.
- Decreto 2400 de 1968
- Concepto 152081 de 2020 del Departamento Administrativo de la Función pública.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 15 de julio de 2021, expediente: 44001-23-33-000-2016-00091-01(5783-18). Consejero ponente: César Palomino Cortés.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 5 de mayo de 2022, expediente: 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

4.2.1. DEL EMPLEO PUBLICO

El artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 ha definido el empleo como el conjunto de funciones, deberes y responsabilidades que han de ser observadas por una persona natural, a fin de satisfacer necesidades permanentes de la administración, las cuales están establecidas en la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente.

Los empleos se hallan clasificados, según su responsabilidad, funciones y requisitos, dentro de un sistema de administración de personal, cuya estructura comprende el nivel jerárquico, la denominación y el grado; y la provisión de empleos en la función pública se puede dar a través de nombramientos ordinario, provisional, período de prueba y encargo o, mediante movimientos de personal, traslado, ascenso y encargo; por ello, no es procedente la vinculación de hecho.

Por fuera del marco legal aludido, no es posible efectuar un nombramiento o realizar un movimiento de personal, ya que las diferentes modalidades que adquiere la relación laboral de derecho público se encuentran previamente determinadas o reglamentadas en una norma de derecho positivo por tratarse, precisamente, de actuaciones esencialmente regladas.

Sin embargo, puede suceder que dentro de la función pública exista el denominado funcionario de hecho, que identifica a la persona que, habitualmente, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuese un verdadero funcionario.

4.2.2. DEL FUNCIONARIO DE HECHO

El Consejo de Estado⁸ en sentencia de mayo de 2022 señaló respecto de esta forma anormal de vinculación lo siguiente:

“(…) puede estructurarse en dos momentos a saber:

a) En los períodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública, pero por causas anteriores o supervinientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anomalía institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., el panorama es distinto.

En tales casos es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas.

En este orden, los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son: (a) que exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) que el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente¹⁸ y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto, no previstas en la ley, pero que, en todo caso debe ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas.

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.

Además, se requiere probar que su actividad en la entidad haya sido personal y permanente y que por dicha labor haya recibido una remuneración o pago y, además, debe probar que en la relación con el empleador exista subordinación o dependencia, situación entendida como aquella facultad para exigir al servidor público el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del vínculo.

Por otra parte, es claro que para que una persona natural desempeñe un empleo en calidad de empleado público (relación legal y reglamentaria), es preciso que se realice su ingreso al servicio público en la forma establecida en la ley, vale decir, requiere de la designación válida (nombramiento o elección, según el caso) seguida de la posesión, para poder entrar a ejercer las funciones propias de dicho empleo. Así es dable concluir, que no por el hecho de haber laborado para el Estado se adquiere la calidad de empleado público, dada las condiciones especiales que se predicen de dicha vinculación establecidas en la Constitución y la Ley.

4.3. DEL CASO EN CONCRETO

4.3.1. HECHOS PROBADOS

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia del 5 de mayo de 2022, expediente: 68001-23-33-000-2014-00619-01 (1919-2017). Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

- 4.3.1.1. Copia de la constancia del 20 de mayo de 2013⁹, en donde la Rectora de la Institución educativa Manuela Omaña certifica que los señores Leonel Cruz y Luz Marina Conde en el año 2000 tomaron posesión de la vivienda ubicada en la escuela Jorge Eliécer Gaitán por orden del señor alcalde Eduardo Arias y en contraprestación cuidarían la escuela sin recibir remuneración.
- 4.3.1.2. Copia de la constancia del 31 de marzo de 2016¹⁰, en donde los vecinos del barrio Gaitán indican que los señores Leonel Cruz y Luz Marina Conde desde el año 2000 fueron nombrados por el señor alcalde Eduardo Arias para celar la escuela y que se encargarían del aseo y mantenimiento.
- 4.3.1.3. Copia de los contratos de arrendamiento¹¹ del inmueble ubicado en la escuela del barrio Gaitán entre el señor Leonel Cruz y los alcaldes del Municipio de Flandes, señores Eduardo Arias y Juan Antonio Suárez.
- 4.3.1.4. Copia de la certificación del 25 de julio de 2019¹², por medio de la cual la profesional de Talento humano de la alcaldía de Flandes indica que el demandante laboró desde el 2 de agosto de 1993 al 30 de marzo de 2004, en el cargo de obrero adscrito a la secretaria de obras públicas.
- 4.3.1.5. Copia del oficio REC-R.2-103-19 del 6 de agosto de 2019¹³, por medio del cual el rector de la Institución educativa Manuela Omaña indica que no existen datos de que el demandante haya sido funcionario en la institución y que la sede Gaitán fue reubicada desde mayo de 2013 y no hay personas laborando que no sean docentes nombrados.
- 4.3.1.6. Copia del oficio TOL2019ER001799 del 17 de julio de 2019¹⁴, por medio del cual el profesional especializado de Talento humano de la Gobernación del Tolima indica que no se encontraron registros del demandante en la plataforma humano web y en el área de certificaciones y gestión documental.
- 4.3.1.7. En la audiencia de que trata el artículo 181 de la Ley 1437 de 2011, se recibieron las siguientes declaraciones:

CONCEPCIÓN MANTILLA DE GAMBOA, quien fue rectora de la Institución educativa Manuela Omaña, manifestó:

“era directora de la Escuela Jorge Eliécer Gaitán, siendo directora, cuando llegué la escuela era cuidada por el director, y ellos eran los que ocupaban la vivienda, cuando el director que vivía ahí se fue, entonces la escuela iba a quedar sola, le dije al alcalde de la época Eduardo Arias que la escuela no se podía quedar sola y que bregara cómo mandaba una persona de la alcaldía para que cuidara la institución, entonces llegó el señor Leonel y la señora Marina, él los mando con un papel en el año 2000, ellos me mostraron el papel y que venían para ahí y desde esa época los conozco, ellos llegaron a ocupar la parte que tenía el rector que era el que cuidaba en la noche, ellos vivían ahí. En ese tiempo don Leonel era empleado de la Alcaldía, trabajaba en la alcaldía, él llegó a ocupar esa habitación que tenía el otro rector. En el 2003 se fusionaron las instituciones, la escuela donde trabajaba que era la Jorge Eliécer Gaitán se fusionó a la Manuela Omaña que era un centro de bachillerato, ya no era escuela sino pasó a ser parte de la institución Manuela Omaña, era institución Manuela Omaña sede Jorge Eliécer Gaitán. Me correspondió la sede Jorge Eliécer Gaitán y la sede Santander, ya no era directora sino pasé a ser rectora en la institución.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Cuándo llegó a la Institución el señor Leonel Cruz?

RESPONDIÓ: en el 2000 como en julio, llego después de vacaciones de mitad de año.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Y la señora Luz Marina Conde? RESPONDIÓ: ella llegó con él porque era la esposa, es la esposa.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Para ejercer qué labores? RESPONDIÓ: ellos llegaron con un papel de supuestamente de arrendamiento, pero ellos eran los que cuidaban, ellos durante ese tiempo, yo me retiré en 2014 ya pensionada y ellos eran los que cuidaban, y ahí nunca se ha perdido nada, tanto es que, qué día baje hasta donde era la escuela, porque la quitaron de ahí y la pasaron para más arriba, está lo mismo (...), ellos siempre estaban

9 Folio 51 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

10 Folio 52 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

11 Folios 55 a 57 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

12 Folio 260 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

13 Folios 262 a 263 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

14 Folio 264 del archivo "001CudernoPrincipal" de la carpeta del mismo nombre del expediente digital.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

ahí, eran los que cuidaban, allá como no teníamos aseo pues las profesoras hacían el aseo de los salones y ellos hacían, porque uno cuando llegaba encontraba la escuelita toda arreglada, había una parte que era de tierra y don Leonel la mantenía podándola, la escuelita la mantenía en buen estado, y cuando entraban los niños en la mañana los recibía la profesora de disciplina, pero después que se cerraba la única que estaba era la señora Marina, era la que abría.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Ellos recibían remuneración por esas actividades a que hizo mención? RESPONDIÓ: pues en el comienzo era empleado del municipio, pero después lo sacaron, que yo sepa no, no sé si el alcalde, pero él decía que no le daban nada, que únicamente lo dejaron ahí por el arriendo.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Hasta cuándo trabajó él con el Municipio? RESPONDIÓ: no recuerdo, sé que duró trabajando un tiempo.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: indíqueme al despacho, ¿quién suministraba elementos de aseo? RESPONDIÓ: La institución, a veces yo compraba o la escobita que ellos tenían, a veces se le daba y a veces no se le daba, los últimos añitos si ya como el estado mandaba plata a las instituciones se compraban jabones y escobas.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: puede indicarle al despacho, ¿quién impartía directrices o instrucciones a los señores de cómo realizar sus actividades en esa institución? RESPONDIÓ: cuando él llegó, él dijo que el alcalde Eduardo Arias lo había enviado para que cuidara la escuela en la noche.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Le consta si recibieron algún tipo de orden o instrucción de alguna autoridad municipal o departamental o de la institución? RESPONDIÓ: la orden se la dio el alcalde, era para cuidar la escuela.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Cómo funcionaba la portería de la institución para el ingreso, en el día y la noche? RESPONDIÓ: ya había dicho que en la mañana la profesora de disciplina abría la puerta, cuando los profesores entraban a sus salones era la señora Marina o un hijo o la hija. Cuando ya se entraban a trabajar ella mantenía pendiente. Y en la noche no sé, porque yo salía, me imagino que eran ellos porque vivían ahí.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Los señores dejaron de prestar ese servicio durante fines de semana, festivos o fines de año? RESPONDIÓ: esa es una zona riesgosa, cada rato se metían los viciosos, esa escuela nunca la podían dejar sola, porque se metían los ladrones.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: El señor Cruz Palomino estaba vinculado a la alcaldía de Flandes ¿Cuándo hace esa precisión, esas labores las desempeñaba para la institución educativa o para el Municipio en otra dependencia? RESPONDIÓ: Al comienzo él trabajaba en el Municipio, después lo sacaron y más sin embargo siguió ahí.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Nos precisa la actividad que desarrollaba el señor Leonel Cruz para el Municipio de Flandes? ¿Cuándo hace esa precisión, esas labores las desempeñaba para la institución educativa o para el Municipio en otra dependencia? RESPONDIÓ: Era obrero y en la institución quedaba la señora Luz Marina, cuando llegó era obrero y en ese tiempo existía la cuadrilla de obreros que se encargaba de hacer la limpieza.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿De que año a que año fungió como directora? RESPONDIÓ: Llegué como directora a esa sede, llegué en el 91 hasta el 2003 que fue el fusiónamiento de las instituciones y hasta cuando me pensioné.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Durante el periodo como directora usted impartió directrices a los señores? RESPONDIÓ: Ellos hacían lo que les dijeron de la alcaldía, yo no les impartí ordenes, yo no los conseguí, ni los tenía ahí, a veces a la señora Luz Marina le pagaban las profesoras para que les hiciera el aseo, pero adentro del salón, pero de afuera nunca se le pagó, los profesores como no había quien hiciera aseo, ellos le pagaban a ella para que hiciera aseo, sobre todo la profesora de kinder.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿quiere decir que la señora Luz Marina no era aseedora ni de las aulas ni de sanitarios ni de otra sección? RESPONDIÓ: ella de lo de afuera de los salones hacía el aseo, de los baños esa fue la orden del alcalde que quedara en la escuela y hiciera las cosas de la escuela.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿el señor presentó otro documento escrito en donde se le dieran unas condiciones diferentes al contrato de arrendamiento? **RESPONDIÓ:** no, él no me presentó, el llegó con ese papelito, me manda el alcalde a que me quede aquí viviendo y haga lo que necesiten en la escuela.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿en algún momento el alcalde le comunicó a la institución educativa las obligaciones o las condiciones de trabajo del señor Leonel? **RESPONDIÓ:** lo que pasa es que a la alcaldía le solicite una persona que estuviera en la escuela para que mantuviera la escuela limpia porque eso se enmontaba, para que abriera la escuela porque llegaban y quién iba abrir, la escuela debía tenerse cerrada porque eso es al borde del río, es peligroso, para no tener que algún niño se fuera a salir, ahogar o le fuera a pasar algo, varias veces solicité al alcalde verbal y por escrito que necesitaba una persona ya que se iba a ir el rector, la escuela no se podía quedar sola. Él me dijo le voy a mandar un obrero y haga lo que tenga que hacer en la escuela.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Dice que el señor trabaja como obrero, lo veía desarrollando mantenimiento de zonas verdes y celaduría? **RESPONDIÓ:** iba los fines de semana y me lo encontré desyerbando, nunca se vio la escuela enmontada.

JULIO CÉSAR VARÓN, quién fue vecino de la Institución educativa Manuela Omaña. **Manifestó:**

“Conozco a Leonel hace muchos años, porque cuando estuvieron en la escuela tuve un nieto estudiando, y fuimos vecinos porque yo viví al lado de la escuela, yo lo veía allá en la escuela, yo siempre lo veía ahí trabajando con su señora, o veíamos, porque viví al frente de esa escuela.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿De qué época a que época vivió ahí? **RESPONDIÓ:** estamos hablando como desde el 2007 hasta el 2014, viví por esos lados. En el 2000 como en julio, llegó después de vacaciones de mitad de año.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Qué labores desempeñaba el señor Leonel y qué labores desempeñaba la señora Luz Marina en la institución? **RESPONDIÓ:** ella era la que preparaba los desayunos de los niños ahí, ella daba los refrigerios, me di cuenta de eso porque tuve un nieto allá estudiando y yo recogía el nieto y ella permanecía ahí, y Leonel lo veía haciendo oficio ahí, yo cuando lo veía, una vez lo buscaron para que hiciera un alcantarillado y él hizo dentro de la escuela, lo veía barriendo, en el techo y él hacía trabajo dentro, eso me consta. Ese alcantarillado lo hizo hace unos 3 años.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Esa escuela sigue funcionando en ese lugar? **RESPONDIÓ:** no, esa escuela no está funcionando, creo que funcionó hasta el 2013 o 2014.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Quién ejercía la acción de vigilancia? **RESPONDIÓ:** el de noche cuidaba, ellos permanecían ahí las 24 horas, eso si me consta porque ellos estaban viviendo ahí, y él era el que cuidaba esa casa, esa escuela permanecía las 24 horas.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿de qué manera le consta esta situación que pudo percibir? **RESPONDIÓ:** en ese entonces la escuela quedaba para una bajada para el río, yo circulaba y bajaba por el río, me gusta pescar y lo veía tipo 1 o 2 de la mañana rondando, me consta cuando subía del río, él se encontraba por la cerca y nos saludábamos con el señor Leonel, de esa manera me consta que permanecía y hacía labores de cuidar.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Quién realizaba labores de poda y jardinería en la institución educativa? **RESPONDIÓ:** como le digo, él se veía permanentemente, lo veía barriendo y lo veía en jardinería y se lo pasaba en el patio, rociaba matas cuando estaba la escuela funcionando y ahora también porque permanece ahí.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Cómo funcionaba la portería para el ingreso y salida de estudiantes y en la noche? **RESPONDIÓ:** el portón mantenía cerrado y el que abría era Leonel y la señora y a veces las profesoras, si no estaban por ahí una profesora y ahora uno va y ellos son los que mantienen allá.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿si los señores prestaban esos servicios sábados, domingos festivos o fines de año? **RESPONDIÓ:** ellos permanecían ahí de corrido, todos los días se veían allá.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿saben si ellos recibían alguna remuneración o pago? **RESPONDIÓ:** no me consta, ellos nunca me comentaron de eso.

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿sabe cómo ingresaron a la institución educativa los señores? **RESPONDIÓ:** ellos llegaron como cuidanderos o como trabajadores, no sé, ellos llegaron me imagino como trabajadores porque ellos prestaron un servicio a la escuela.

LEIDY DIANA MAYOR GUTIERREZ, manifestó:

“Vivo a menos de media cuadra, somos allegados a la casa, mis hijos estudiaron en la escuela en el 2009, conocí a la señora Marina en el 94 o 95, me consta que don Leonel había estado ahí, doña Marina trabajaba con los refrigerios, pero fuimos y me recibía los niños, pero no todas las veces, pero sí tenía la responsabilidad de los niños, don Leonel es el que limpia el lugar. Me consta que don Leonel siempre ha vivido ahí, doña Marina cuando funcionaba la escuela era la que veía por los refrigerios, devengaba un sueldo no tengo conocimiento que tanto y soy testigo de eso.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿El señor Leonel siempre ha desempeñado labores en esa escuela? **RESPONDIÓ:** sí, siempre lo ha hecho, él trabajaba para el Municipio, pero un tiempo, después él cuidaba con la esposa la escuela, no sé decir una fecha específica, pero sí me consta que trabajaba para el Municipio.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Sabe si el señor Leonel recibía alguna remuneración? **RESPONDIÓ:** no tengo conocimiento que recibían ni nada, sabía que tenía un servicio de vivienda y como tal de cuidar la escuela.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Desde cuándo viven o vivían ellos allí? **RESPONDIÓ:** me acuerdo que en el 2000 o 2001, me acuerdo porque mi bebé estaba chiquita, con don Leonel y los dos niños también.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Hasta cuándo funcionó la escuela allí? **RESPONDIÓ:** la escuela cuando la trasladaron, no sé cuántos años, pero de 5 a 6 años, porque estaba en zona de riesgo.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Actualmente todavía ellos viven allí? **RESPONDIÓ:** ellos viven ahí.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿vio o le consta algún tipo de actividad referente a aseo y jardinería en la institución? **RESPONDIÓ:** tengo conocimiento de que don Leonel poda el jardín y el que barre y doña Marina, de ahí de mi casa se ve todo.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿Cómo funcionaba el manejo de la portería durante el día y durante la noche? **RESPONDIÓ:** cuando llevaba a mis hijos las profesoras estaban pendiente de los que llegaban primero, cuando legaban tarde doña Marina o don Leonel abrían, don Leonel siempre está ahí en las noches, está pendiente que cierren, ellos viven los 2 con una niña de 5 añitos.

PREGUNTA APODERADO DEMANDANTE: ¿saben si ellos recibían alguna remuneración o pago? **RESPONDIÓ:** no tengo conocimiento, ella tenía un sueldo 60 u 80 mil pesos por hacer los refrigerios no por tener limpia la institución, lo digo porqué ella me dijo que le pagaban eso, pero no me consta.

LEONEL CRUZ, en su interrogatorio, manifestó:

“**PREGUNTA APODERADA DEMANDADA:** ¿Qué clase de contrato firmó usted con la administración municipal cuando llegó a la institución educativa? **RESPONDIÓ:** Yo no sabía qué firmaba, no sé de letras nada. **PREGUNTA APODERADA DEMANDADA:** ¿dentro del contrato o documento le indicaron las condiciones de ese documento? **RESPONDIÓ:** yo hablé con el alcalde, él me dijo váyase para la escuela y me hace todo lo que lo manden a hacer los docentes.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿en algún momento ha pagado canon de arrendamiento? **RESPONDIÓ:** pague mil pesos de arriendo un tiempo.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿De qué fecha a que fecha ha pagado canon de arrendamiento? **RESPONDIÓ:** no recuero un tiempo, pero no sé hasta cuando pague.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Qué clase de actividades desarrollaba en la institución educativa y de quién recibía las ordenes? **RESPONDIÓ:** me tocaba limpiar la escuela pero yo laboraba en la alcaldía en ese tiempo, las docentes me dejaban razón con la señora, dígame a don Leonel que me siembre este palo o siembre esta mata, y yo llegaba de trabajar y hacía eso.

Comentado [U1]:

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Aclare al despacho qué docentes le dejaban las tareas en la institución? RESPONDIÓ: la doctora Pilar, Sandra, Adriana, La profesora Bárbara.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿por las actividades que realizaba recibía un pago por la administración municipal? RESPONDIÓ: lo que hacía en la escuela no, me pagaban mi sueldo como obrero.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Quién le facilitaba los implementos o herramientas para desarrollar en la institución educativa? RESPONDIÓ: yo tenía mi herramienta, la poda del patio cada 15 días.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿esas órdenes las recibía de la institución, la poda del patio? RESPONDIÓ: lo hacía cada 15 días o cada mes

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Quién le dio esa instrucción? RESPONDIÓ: El señor alcalde, cuando me mando para allá me dijo usted hágame todo lo que lo manden a hacer acá, el señor alcalde me dijo que mantuviera la escuela limpia.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿los servicios públicos de donde usted vive quién los asume? RESPONDIÓ: yo llevo los recibos a la alcaldía.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿Tiene algún contrato firmado con la administración municipal? RESPONDIÓ: No doctora.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿en la institución actualmente hay elementos que deba cuidar y a cargo de quién están? RESPONDIÓ: están a cargo mío, unos computadores, unos pupitres, andamios de unos kioscos.

PREGUNTA APODERADA DEMANDADA: ¿puede indicar quién le entregó esos elementos? RESPONDIÓ: me los dejaron ahí, las docentes me dejaron eso ahí.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿desde cuándo dejó de funcionar la institución educativa en ese lugar? RESPONDIÓ: si no estoy mal, en el 2013.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿en qué año llegó? RESPONDIÓ: en el año 2000 como en julio.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Por qué razón llegó allá? RESPONDIÓ: el señor alcalde me mandó.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿Qué le dijo específicamente? RESPONDIÓ: si quiere ir a cuidar una escuela, la Gaitana queda sola y me mandó para allá.

PREGUNTA EL DESPACHO: ¿el alcalde le dijo que esa labor que iba? RESPONDIÓ: (...)"

4.3.2 ANALISIS SUSTANTIVO

La demanda versa sobre la declaración de la existencia de un funcionario de hecho quien se desempeña como portero, vigilante y jardinero de la Institución educativa Manuela Omaña en la sede ubicada en el Barrio Gaitán del municipio de Flandes (Tol). Para que se configure esta condición, la jurisprudencia ha indicado que se hace necesario que: a) exista de jure el cargo; (b) la función sea ejercida irregularmente; (c) el cargo se ejerza en la misma forma y apariencia como lo hubiera desempeñado una persona designada regularmente y (d) también puede darse cuando el empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular, por lo que se procederá a analizar cada una de las condiciones para la existencia de un funcionario de hecho en el caso del señor Cruz Palomino.

4.3.2.1. EXISTENCIA DEL CARGO

En el presente caso, no se acredita la existencia del cargo de vigilante, portero o jardinero dentro de la planta de personal de la Secretaría de Educación del Departamento del Tolima o dentro de la planta de personal del Municipio de Flandes, con lo cual no es posible determinar cuál fue el empleo público o cargo que asumió el demandante, pues la figura del funcionario de hecho supone la existencia de un cargo público y como lo señala la Constitución en su artículo 122 "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente", situación que no fue acreditada por la parte actora por lo que no existe certeza del empleo, denominación y grado que considera el demandante desempeñó en la institución educativa.

4.3.2.2. EJERCICIO DE LAS FUNCIONES DE FORMA IRREGULAR

Con esta condición, lo que se pretende demostrar es que las actividades o funciones asumidas por el funcionario corresponden a las propias del cargo o empleo público que considera se encuentra ejerciendo de forma irregular por no mediar acto administrativo de nombramiento o posesión.

Dentro del expediente se encuentra acreditado que el demandante prestó servicios en la institución educativa (v. nums. 4.3.1.2 y 4.3.1.7), que cuidaba, abría las puertas y podaba el jardín de la institución; sin embargo, no es posible determinar si las actividades que señalan los testigos y el demandante corresponden a las propias del cargo de vigilante, portero o jardinero de la planta de personal de las entidades demandadas, pues ante la falta de acreditación del cargo no existe certeza de las funciones o actividades propias que desempeñan estos servidores públicos, por lo que en consecuencia no es posible verificar si estas guardan similitud o corresponden a las actividades que ha venido desempeñando el demandante en la institución educativa, razón por la cual no se logró determinar qué actividades o funciones fueron asumidas o ejercidas de forma irregular por parte del demandante.

4.3.2.3. EL CUMPLIMIENTO DE LAS FUNCIONES COMO LO HARIA UN FUNCIONARIO PUBLICO

Bajo esta condición, lo que se debe analizar es la existencia de la relación laboral entre el demandante y las entidades demandadas, es decir, acreditar el desarrollo del empleo público y los elementos de la relación laboral, es decir: la prestación personal del servicio, el pago de una remuneración y la subordinación al empleador.

Si bien dentro del expediente se logró acreditar que el demandante prestó sus servicios en la institución educativa, esto a través de lo certificado por los vecinos del sector y los testimonios (v. nums. 4.3.1.2 y 4.3.1.7), es decir que cumplió con la prestación personal de un servicio, no existe certeza de la remuneración del trabajo puesto que de los testimonios y su declaración (v. num. 4.3.1.7), no es posible acreditar que el demandante hubiese percibido una remuneración por los servicios, la periodicidad, valor de la misma y que proviniese de alguna de las entidades demandadas, y si bien la falta de este elemento no desvirtúa el carácter laboral de la relación, es necesario establecer el elemento de subordinación en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades.

En relación con la subordinación como último elemento, la jurisprudencia contencioso administrativa¹⁵ ha considerado como indicios o circunstancias para determinarla: el lugar de trabajo, el horario de labores, la dirección o control efectivo de las actividades a ejecutar y que las actividades o tareas correspondan a las que tienen asignadas servidores de planta.

En cuanto a la subordinación, si bien el demandante manifiesta que el alcalde fue quien le ordenó ir a la institución a realizar las actividades que se requirieran en el plantel y las docentes de la institución eran quienes ordenaban ciertas tareas (v. num. 4.3.1.7), no es posible establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar en la que se impartían las órdenes, así como tampoco se determinó cuál era la jornada laboral que cumplía el demandante; sin embargo, de los testimonios y los documentos allegados por los vecinos del sector (v. nums. 4.3.1.2 y 4.3.1.7) se observa que las actividades desarrolladas por el demandante eran de celador y auxiliar de servicios o jardinería, cuya naturaleza no es posible cumplir de forma liberal; de los testimonios recaudados no es posible determinar que tuviera un superior jerárquico que le indicara la forma en que debía cumplir el trabajo más allá de lo encomendado por las docentes, y tampoco hay certeza de que dichas órdenes fueran dadas permanentemente por las docentes de la institución educativa, o en su defecto, por parte del Alcalde Municipal.

El ejercicio de las funciones de celaduría conllevan en principio por si solas el elemento de la subordinación, pues al desarrollarse en cumplimiento de órdenes directas de su superior, es claro que se desvanece la figura de la coordinación y por lo tanto se desvirtúa la autonomía e independencia con la que se presta el servicio, más aún cuando se encuentra sometido a horarios y turnos de trabajo debido a la naturaleza de sus labores; sin embargo, en el asunto bajo estudio no está demostrado que al accionante le fuera asignada la labor de vigilancia y la imposición de turnos de trabajo y horarios determinados, elementos propios de la relación laboral, pues como se desprende de los testimonios,

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda, sentencia de unificación de 9 de septiembre de 2021 y Auto de 11 de noviembre de 2021. Expediente: 05001-23-33-000-2013-01143-01 (1317-2016)

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

permanecía en la institución debido a que era su lugar de habitación, al igual que manifiestan que en ocasiones su esposa e hijos se encargaban de abrir las puertas de la institución educativa, situación que desvirtúa la prestación personal del servicio y que hubiere sido el demandante el designado por la administración para tal actividad, ya que no existe un medio de prueba que permita determinar de manera fehaciente y sin lugar a duda que el demandante debía prestar su servicio como celador o vigilante del inmueble.

De igual forma, de los testimonios referidos en líneas anteriores se estableció que, si bien el demandante cuidaba el colegio de día y de noche, habitaba en las instalaciones de la institución y fungía a veces como jardinero, pero no hay certeza de las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que desempeñaba la función como celador, pues simplemente indicaron de manera general que era el encargado de abrir las puertas de la institución en algunas oportunidades, sin que se haya hecho referencia a si cumplía un horario, como tampoco que las funciones eran del resorte de un empleado público adscrito a la entidad demandada.

Véase como, una vez apreciada en conjunto la prueba documental y testimonial, se puede colegir que el demandante prestó sus servicios en la Institución educativa Manuela Omaña y, posterior al cierre de esta continúa ejerciendo dichas labores en cuanto aún vive en las instalaciones de esta; sin embargo, las declaraciones carecen de claridad y precisión en tanto que, ninguno de los testigos fue preciso en cuanto a las supuestas órdenes e instrucciones que se le impartían al demandante, que acreditaran una subordinación continua de este, es más, la misma directora de la institución educativa aseguró que ella no le impartió ninguna instrucción (v.num.4.3.1.7); de igual forma, el hecho de ocupar una vivienda ubicada dentro de una institución educativa bajo autorización de la administración de un ente territorial, no conlleva por sí mismo el desempeño de funciones públicas, en este caso las de vigilancia, de la cual se desprenda un relación laboral como lo sostiene el accionante.

4.3.2.4 LA ANUENCIA Y PERMISO DE LAS AUTORIDADES

En el presente caso, de la certificación suscrita por la rectora de la institución (v. num. 4.3.1.1) se desprende que tomaron posesión de la vivienda para el cuidado de la institución, también se acredita el contrato de arrendamiento celebrado (v. num. 4.3.1.3) y el demandante señala que pagaron dicho canon durante algún tiempo (v. num. 4.3.1.7), y que fue bajo este contrato que llegaron a la institución.

Si bien el demandante ocupó, con la autorización de la administración municipal, una parte de la Institución educativa Manuela Omaña como vivienda desde el año 2000, ininterrumpidamente, dicho hecho no conlleva por sí mismo la conclusión de que éste desempeñó funciones públicas con la anuencia y permiso de la administración, toda vez que, se reitera, la prueba aportada al expediente no da certeza sobre las labores desarrolladas como celador o jardinero en el inmueble donde funcionaba la institución educativa.

Advierte el Despacho que en el presente caso y de los testimonios recaudados (v. num. 4.3.1.7) existe certeza de la prestación de los servicios personales por parte del actor pero no en las condiciones de un empleado de planta de la administración municipal o departamental, así como es evidente la conducta omisiva y jurídicamente reprochable del Municipio demandado, que no vinculó regularmente al actor a través de alguna de las tres clases de vinculación, la legal y reglamentaria, la laboral contractual o a través de contratos de prestación de servicios con las entidades públicas.

Conforme a lo anterior, el no acreditar la existencia del cargo, trae como consecuencia que no se demostró la existencia de las funciones que presuntamente debió cumplir el demandante, no se demostró que el cargo de celador o vigilante existiera dentro de la planta de personal del municipio o del Departamento del Tolima, ni se demostraron cuáles eran las funciones que debía cumplir quien desempeñara dicho cargo para ser comparadas con las que ejecutó el demandante, y tampoco se demostró la existencia de provisión de los recursos del presupuesto para el pago de la labor. Situaciones de las cuales tampoco se concluye que el cargo haya existido de derecho o que las funciones se hubieren desarrollado en la misma forma que la persona designada legalmente.

Por ello, como el objeto del proceso es la declaratoria de “funcionario de hecho” del demandante y, una vez analizados los presupuestos esenciales para su configuración (existencia del cargo, el ejercicio de funciones en forma irregular y cumplir las funciones en igualdad de condiciones a un empleado de planta), no fueron debidamente acreditados por el demandante, tal y como se indicó con

Nulidad y Restablecimiento. SENTENCIA
Radicaciones: 73001-33-33-007-2018-00316-00
Demandante: LEONEL CRUZ PALOMINO
Demandado: DEPARTAMENTO DEL TOLIMA Y MUNICIPIO DE FLANDES

antelación, en la medida que ni siquiera se demostró la existencia del cargo de vigilante dentro de la planta de personal de alguno de los entes territoriales demandados, se tendrán como probadas las excepciones de "FALTA DE REQUISITOS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA DECLARACION DE FUNCIONARIO DE HECHO" propuesta por el Municipio de Flandes y "FALTA DE DEMOSTRACION DE LA INJUSTICIA DEL DAÑO CAUSADO" propuesta por el Departamento del Tolima.

DE LA CONDENA EN COSTAS.

El artículo 365 del C.G.P., aplicable al caso por disposición expresa del artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 y en virtud de la derogatoria del Código de Procedimiento Civil, dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y como quiera que la parte demandante fue la parte vencida, resulta ajustado a derecho aplicar este criterio y, en consecuencia, se procederá a condenarla al pago de las costas procesales.

Para el efecto, y como quiera que se trata de un asunto contencioso administrativo en donde se perseguían pretensiones por valor de TREINTA Y NUEVE MILLONES CIENTO TREINTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$39.138.618), se fijan como Agencias en Derecho a favor de la parte demandada, el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 10554 de 2016 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

V.- DECISIÓN

Como natural corolario de lo expuesto, la Juez Séptima Administrativa de Oralidad del Circuito de Ibagué, Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones denominadas "FALTA DE REQUISITOS SUSTANCIALES Y FORMALES PARA LA DECLARACION DE FUNCIONARIO DE HECHO" propuesta por el Municipio de Flandes y "FALTA DE DEMOSTRACION DE LA INJUSTICIA DEL DAÑO CAUSADO", por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

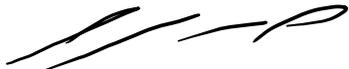
SEGUNDO: NEGAR las pretensiones de la demanda, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a la parte demandante. Por secretaría procédase a su liquidación, para ello se fijan como agencias en derecho a favor de la demandada, el equivalente al cuatro por ciento (4%) de la cuantía de las pretensiones de la demanda.

CUARTO: ORDENAR se efectúe la devolución de los dineros consignados por la parte demandante por concepto de gastos del proceso, si los hubiere, lo cual deberá realizarse por la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, acorde con lo establecido en la Circular DEAJC19-43 del 11 de junio de 2019, y los lineamientos establecidos para tal fin.

QUINTO: En firme la presente sentencia, **ARCHÍVESE** el expediente previa cancelación de su radicación.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



INÉS ADRIANA SÁNCHEZ LEAL
JUEZ

Firmado Por:
Ines Adriana Sanchez Leal

Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3c1b613969305f8209a55f42891a384183ec7d5982269af04de3bf896e12937e**

Documento generado en 24/08/2022 03:49:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>